



jetzt bestellen

---

# Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

---

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung

Frédéric Krauskopf

Conradin Cramer



Schulthess §

---

# Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

---

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung  
Frédéric Krauskopf  
Conradin Cramer

Schulthess § 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020  
ISBN 978-3-7255-7962-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
BÄRTSCHI HARALD	
Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel .....	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA	
Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten .....	19
BRAENDLI BEAT	
Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts .....	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT	
Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann .....	57
BÜHLER CHRISTOPH B.	
Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert .....	75
CRAMER CONRADIN	
Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht .....	103
DIEM HANS-JAKOB	
Der selektive Aktienrückkauf .....	117
DRUEY JEAN NICOLAS	
Das Prinzip des Wohlwollens .....	135
EBERLE RETO	
Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA	
Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung .....	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA	
Das minderjährige Vereinsmitglied .....	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts . . . . .	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht . . . . .	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung . . . . .	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht . . . . .	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all . . . . .	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht . . . .	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkurse . . . . .	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern . . . . .	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance? . . . . .	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich . . . . .	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR) . . . . .	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung . . . .	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung . . . . .	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden . . . . .	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts . . . . .	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft . . . . .	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats . . . . .	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance . . . . .	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsräten, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick . . . . .	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching» . . . . .	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken . . . . .	573

SCHROETER ULRICH G.	
Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel . . . . .	585
SIMONIELLO DANIELE	
Die Aktie ohne Dividende . . . . .	599
STAEHELIN DANIEL	
Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung . . . . .	611
STRUB Yael	
Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden . . . . .	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO	
Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs- klagerechte . . . . .	635
TANNER BRIGITTE	
Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung . . . . .	653
TRIGO TRINDADE RITA	
Droits d’emption dans les statuts d’une SARL . . . . .	675
TROXLER TIZIAN	
Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts . . . . .	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN	
Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer . . . .	709
TSCHÄNI RUDOLF	
Vinkulierung: Building Trust nach SIKa . . . . .	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA	
Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht . . . . .	731
VONZUN RETO	
Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen . . . . .	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL	
Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung . . . . .	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE

Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische  
Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR . . . . . 785

WOHLERS WOLFGANG

«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts? . . . . . 801

YANAGA MASAO

Accounting and Auditing for SMEs in Japan . . . . . 819

ZECH HERBERT/VALLONE VERA

Immaterialgüter als Sacheinlage . . . . . 833

ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP

Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung  
von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht . . . . . 847

Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin . . . . . 861



# Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern

PETER JUNG\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einführung.....</b>	<b>347</b>
<b>II. Begriff und Arten von Drittgeschäften.....</b>	<b>348</b>
1. Charakteristika und Abgrenzungen.....	348
2. Erscheinungsformen.....	350
<b>III. Zustandekommen von Drittgeschäften .....</b>	<b>351</b>
1. Vertretung der Personengesellschaft durch andere Personen als den Vertragspartner.....	351
2. Vertretung der Personengesellschaft durch den Vertragspartner .....	352
3. Notwendigkeit der Beschlussfassung über das Drittgeschäft.....	354
<b>IV. Behandlung von Drittgeschäften.....</b>	<b>354</b>
1. Entstehung nicht gesellschaftsrechtlich begründeter Pflichten .....	354
2. Eigenschaft des Drittgeschäfts als Verkehrsgeschäft .....	356
3. Doppelstellung des Gesellschafters.....	358
<b>V. Fazit .....</b>	<b>361</b>

## I. Einführung

Lukas Handschin hat sich immer wieder intensiv mit dem Personengesellschaftsrecht beschäftigt.<sup>1</sup> Insbesondere mit den beiden Bänden des Zürcher Kommentars zur einfachen

---

\* Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel.

<sup>1</sup> Neben den Kommentierungen zum Recht der einfachen Gesellschaft (HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – Obligationenrecht Teilband V/4a, 4. Aufl., Zürich 2009) bzw. der Personenhandelsgesellschaften (HANDSCHIN LUKAS/CHOU HAN-LIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – Obligationenrecht Teilband V/4b, 4. Aufl., Zürich 2009) im Zürcher Kommentar und den mehrfach neu aufgelegten Kommentierungen von Teilen des Personengesellschaftsrechts im Basler Kommentar (zuletzt Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 530–542, 557–561 und 598–601 OR) seien insbesondere folgende Aufsätze in Zeitschriften und Sammelwerken genannt: Zu einer Systematik im Personengesellschaftsrecht, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, S. 437 ff.; Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft,

Gesellschaft und zu den Personenhandelsgesellschaften hat er das etwas im Schatten des Kapitalgesellschaftsrechts stehende Rechtsgebiet wieder stärker in den Blick der Rechtswissenschaft gerückt. Ihm sei daher ein Beitrag zur Dogmatik des Personengesellschaftsrechts als Dank für die langjährige freundschaftliche Zusammenarbeit an der Basler Juristischen Fakultät gewidmet.

## II. Begriff und Arten von Drittgeschäften

### 1. Charakteristika und Abgrenzungen

Ein Drittgeschäft ist ein obligatorischer Vertrag, bei dem ein einziger Gesellschafter oder eine Gruppe von Gesellschaftern der Gesellschaft wie ein Dritter auf einer nicht gesellschaftsvertraglichen Grundlage gegenübertritt. Charakteristisch für derartige Geschäfte ist, dass es sich zwar um Verkehrsgeschäfte handelt, bei denen der Gesellschafter seiner Gesellschaft zunächst wie ein Dritter als Schuldner und Gläubiger entgegentritt, dass auf der anderen Seite aber auch die Gesellschafterstellung des Vertragspartners nicht unberücksichtigt bleiben kann.<sup>2</sup>

Die Abgrenzung der Drittgeschäfte von den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen vor allem über die Beitragsleistung und Gewinnverteilung kann Schwierigkeiten bereiten. Da beide Arten von Vereinbarungen auch stillschweigend getroffen werden können, war die Abgrenzung immer wieder ein Thema in der privat- und steuerrechtlichen Rechtsprechung.<sup>3</sup> Im Zweifel liegt danach bei Vereinbarungen unter allen Personengeschaftern eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung und kein Drittvertrag vor.<sup>4</sup> Daher muss sich die Natur als Drittgeschäft entweder aus einer ausdrücklichen Vereinbarung oder aus Indizien ergeben.<sup>5</sup> Zu diesen Indizien gehören zunächst die Bezeichnung als Drittgeschäft (z. B. als Kauf, Schenkung oder Auftrag)<sup>6</sup> sowie die Verbuchung der an den Gesellschafter im Gegenzug erbrachten Leistungen als Aufwand.<sup>7</sup> Weiter spielt die formale und zeitliche Trennung vom Gesellschaftsvertrag eine Rolle. Wird die Vereinbarung nur mit einem Vertreter der Gesellschaft geschlossen und ist dieser Vertreter gar ein Nichtgesellschafter, bil-

---

in: Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Zürich 2004, S. 107 ff.; Kaufmännische einfache Gesellschaften, in: Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, S. 31 ff.; Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft, SJZ 109 (2013), 485 ff.

<sup>2</sup> Dazu näher unter IV.

<sup>3</sup> BGE 26 I 415, 423 f.; BGE 26 II 262, 264 ff.; BGE 30 II 517, 522; BGE 108 II 204, 210 f.; BGE 109 II 228, 230; BGer 2A.269/2006 E. 3.4; CJ GE SemJud 1977, 369, 373 f.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 26 II 262, 265 f.; BGE 30 II 517, 522; CJ GE SJZ 107/2011, 579, 582; FELLMANN WALTER/MÜLLER KARIN, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/8 (Obligationenrecht – Die einzelnen Vertragsverhältnisse – Die einfache Gesellschaft Art. 530–544 OR), Bern 2006, Art. 531 N 26; speziell für Geschäftsführervergütungen ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 537 OR N 52 (im Zweifel Vorliegen einer gesellschaftsvertraglichen Gewinnverteilungsabrede und keiner Auftragsvergütung).

<sup>5</sup> Speziell auch zur Beweislast BGE 30 II 517, 522.

<sup>6</sup> Die Bezeichnung ist für sich allein aber nicht massgeblich und nur ein Indiz für den Parteiwillen, da stets eine objektive Qualifikation zu erfolgen hat; dazu auch BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 531 N 25 und ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 31.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 26 II 262, 265.

det dies ein starkes Indiz für ein Drittgeschäft. Das gilt auch, wenn die Vereinbarung aussergewöhnliche Rechte (v. a. eine fixe Vergütung<sup>8</sup>) und Pflichten (v. a. Leistungen ausserhalb des Gesellschaftszwecks<sup>9</sup> oder mit einem im Vergleich zu den Leistungen der gleichberechtigten Mitgesellschafter deutlich höheren Umfang<sup>10</sup>) enthält. So liegt im Zweifel auch ein Drittgeschäft vor, wenn sich der Kommanditär zu Leistungen verpflichtet, die über die eingetragene Kommanditsumme hinausgehen.<sup>11</sup> Für einen Drittvertrag spricht es ferner, wenn die Dauer der in Frage stehenden Verpflichtung nicht mit derjenigen des Gesellschaftsvertrags übereinstimmt<sup>12</sup> oder wenn das Geschäft mit jedem beliebigen Dritten hätte geschlossen werden können und damit nicht im Hinblick auf die Gesellschafterstellung erfolgte.<sup>13</sup> Auch eine von der gesellschaftlichen Ordnung abweichende Auflösungsmöglichkeit<sup>14</sup> oder die Sicherung eines Rückforderungsanspruchs durch Pfand legt ein Drittgeschäft nahe.<sup>15</sup> Verpflichtet sich ein Gesellschafter zu Dienstleistungen, spricht die Vereinbarung von Weisungsrechten der Geschäftsführer oder gar eine Subordination des Gesellschafters für einen Drittvertrag in Form eines Auftrags bzw. eines Arbeitsverhältnisses.<sup>16</sup>

Mit einem Drittgeschäft kann zugleich eine gesellschaftsrechtliche Beitragsleistung verbunden sein.<sup>17</sup> Das ist zunächst der Fall, wenn ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter zum Abschluss eines zweckfördernden Drittgeschäfts verpflichtet wird und damit bereits im Abschluss des Drittgeschäfts als solchem eine Beitragsleistung zu sehen ist. Ausserdem kommt es zu einer Beitragsleistung durch Drittgeschäft, wenn der Gesellschafter in ihm bewusst nur eine unter dem Marktwert liegende Vergütung erhält und die Differenz zur marktüblichen Vergütung nicht schenkweise, sondern auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage als Beitrag zur Zweckverfolgung zugewendet wird.<sup>18</sup> Im ersten Fall untersteht die Pflicht zum Abschluss des Drittgeschäfts den gesellschaftsrechtlichen Regelungen über die Beitragspflicht (z. B. Art. 538 OR) und kann bei Untätigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter von jedem Gesellschafter mit der

<sup>8</sup> Vgl. dazu auch Art. 538 Abs. 3 und 558 Abs. 3 OR; implizit zur Indizqualität einer Mietzinsvereinbarung BGE 30 II 517, 522 und zur Indizqualität einer fixen Geschäftsführungsvergütung CJ GE SJZ 107/2011, 579, 582; umgekehrt spricht eine gewinnabhängige Vergütung nicht unbedingt für eine gesellschaftsvertragliche Grundlage, da auch ein partiarisches Austauschverhältnis als Drittgeschäft vorliegen kann (zum employé intéressé HGer ZH ZR 30 Nr. 69, S. 131 f.).

<sup>9</sup> CJ GE SemJud 1977, 369, 373 f.

<sup>10</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 32.

<sup>11</sup> BGE 23 I 275, 284.

<sup>12</sup> BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 531 N 26; vgl. zum umgekehrten Fall ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 31.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 26 I 415, 423; CJ GE SemJud 1977, 369, 373 f.; ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 31.

<sup>14</sup> BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 531 N 26.

<sup>15</sup> Vgl. dazu den Sachverhalt von BGE 39 II 541, 543.

<sup>16</sup> JUTZI THOMAS/WESS KSENIA, Gesellschaftsgründung mit Mitarbeiterbeteiligung – Gestaltungsmöglichkeiten bei unterschiedlichen Rechtsformen, in: Wolf (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Gesellschaftsrecht – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Bern 2018, S. 119, 143.

<sup>17</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 29.

<sup>18</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 29; COMBŒUF ALBERT, in: Roberto/Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 608–612 N 9.

*actio pro socio* eingeklagt werden.<sup>19</sup> Das in Erfüllung der Beitragspflicht abgeschlossene Drittgeschäft wird dann wie jedes andere Drittgeschäft behandelt.<sup>20</sup> Im zweiten Fall liegt ein typengemischter Vertrag vor, der den für diese Art von Verträgen geltenden Regeln untersteht. Danach ist das Geschäft zwischen Gesellschafter und Personengesellschaft bei entsprechender Teilbarkeit der Leistung des Gesellschafters in das eigentliche Drittgeschäft und die gesellschaftsrechtliche Beitragsleistung aufzuspalten. Ist eine Teilung der Gesellschafterleistung nicht möglich, kommt es bei Normen, die sich in der Anwendung nicht kumulieren lassen,<sup>21</sup> nach der Schwerpunkttheorie darauf an, ob das Element des Drittgeschäfts oder der Beitragsleistung überwiegt.<sup>22</sup>

## 2. Erscheinungsformen

Ein Drittvertrag kann in Form eines beliebigen obligationenrechtlichen Nominat- oder Innominatvertrags geschlossen werden. Praktisch relativ häufig sind gesonderte Dienstleistungsverträge, die das Gesetz in Art. 538 Abs. 3 OR auch indirekt erwähnt. Regelmässig handelt es sich dann um einen einfachen oder besonderen Auftrag oder einen Werkvertrag. Ein Arbeitsvertrag kann mit einem Personengesellschafter nur geschlossen werden, wenn dieser von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist und weisungsunterworfen in die Arbeitsorganisation des Gesellschaftsunternehmens eingegliedert wird.<sup>23</sup> Verbreitet sind auch Kauf, Gebrauchsüberlassungs-<sup>24</sup> und Sicherungsverträge. In Betracht kommt zudem der Abschluss eines weiteren Gesellschaftsvertrags als Drittgeschäft, wenn sich ein Personengesellschafter nicht nur an der Personengesellschaft, sondern auch noch in Form einer stillen Innengesellschaft an dem von der Personengesellschaft betriebenen Unternehmen beteiligt. In der Schweiz sind solche sog. gesplitteten Einlagen aber wesentlich seltener als etwa in Deutschland.<sup>25</sup>

Bei den Personenhandelsgesellschaften bereitet ein Vertragsschluss zwischen der im Ausserverhältnis nach Art. 562 OR bzw. Art. 602 OR gegenüber ihren Gesellschaftern verselbstständigten Gesellschaft keine dogmatischen Probleme. Die Personenhandelsgesellschaft kann unter ihrer Firma durch einen Vertragsschluss Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Sie kann einen Vertrag dabei nicht nur mit Nichtgesellschaftern, sondern auch mit einzelnen Gesellschaftern schliessen.<sup>26</sup> Nach ständiger Rechtsprechung kann auch die Gesamtheit der Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft mit einem einzigen oder mit

<sup>19</sup> Demgegenüber kommt hinsichtlich der Leistungspflichten aus dem dann abgeschlossenen Drittgeschäft eine *actio pro socio* nicht in Betracht (vgl. dazu BGer 4A\_275/2010 E. 5.3).

<sup>20</sup> Dazu unter IV.; nach BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 531 N 26 a. E. soll jedoch in solchen Fällen auch die im Drittgeschäft vereinbarte Leistungspflicht im Zweifel eine gesellschaftsvertragliche Natur aufweisen.

<sup>21</sup> Das gilt z. B. für die sich widersprechenden Regelungen zum Haftungsmassstab (Art. 99 Abs. 1 OR einerseits und Art. 538 Abs. 1 OR andererseits).

<sup>22</sup> Vgl. generell zur Behandlung typengemischter Verträge und zu dieser sog. Absorptionstheorie HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 30 f.

<sup>23</sup> Vgl. auch JUTZI/WESS (Fn. 16), S. 143; zur dann gegebenen Geschäftsherrenhaftung der übrigen Gesellschafter nach Art. 55 OR BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 544 N 138.

<sup>24</sup> Vgl. OGer ZH NG170024 vom 20.3.2018 E. 2.6; ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 530 N 184.

<sup>25</sup> Zur sog. gesplitteten Einlage in eine Kommanditgesellschaft und eine stille Gesellschaft in Deutschland BLAUROCK UWE, in: Blaurock (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, 9. Aufl., Köln 2020, N 4.27.

<sup>26</sup> So ausdrücklich bereits BGE 23 I 275, 288 und BGE 30 II 517, 520 f.

einer Gruppe ihrer Gesellschafter einen Vertrag schliessen.<sup>27</sup> Obwohl die einfache Gesellschaft als solche nicht existiert, soll der Vertrag dann mit der Gesellschaftergesamtheit als Gruppe und nicht mit den einzelnen Mitgesellschaftern zustande kommen.<sup>28</sup>

### III. Zustandekommen von Drittgeschäften

#### 1. Vertretung der Personengesellschaft durch andere Personen als den Vertragspartner

Grundsätzlich unproblematisch ist das Zustandekommen eines Drittgeschäfts, wenn die Gesellschaft bei dem Vertragsschluss wie im Regelfall durch einen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer vertreten wird. Die standardisierte Einzelvertretungsmacht nach Art. 563 f. bzw. Art. 603 OR deckt auch zweckdienliche Geschäfte der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern. Bei der einfachen Gesellschaft greift entsprechend die Vermutung von Art. 543 Abs. 3 OR. Fraglich ist allerdings, ob der Gesellschafter als Vertragspartner eines Drittgeschäfts überhaupt Dritter im Sinne der Art. 543 Abs. 3, 563 f., 603 OR ist, da er als Teil der Gesellschaft auch in deren Lager steht. Wie auch sonst bei einem Drittgeschäft sollte man den Gesellschafter trotz seiner Doppelrolle jedoch zunächst einmal als Dritten betrachten, dem der vertretungsrechtliche Verkehrsschutz nicht prinzipiell verwehrt ist.<sup>29</sup> Es wird dann aber fast immer an der erforderlichen Gutgläubigkeit fehlen, da einem Gesellschafter die internen Beschränkungen der Vertretungsbefugnis der die Gesellschaft vertretenden Geschäftsführer in aller Regel zumindest hätten bekannt und der Missbrauch der Vertretungsmacht für ihn auch hätte offensichtlich sein müssen.<sup>30</sup>

Entsprechendes gilt für die rechtsgeschäftliche Vertretung durch einen Prokuristen nach Art. 458 ff. OR, zumal die Erteilung der Prokura als aussergewöhnliches Geschäft nach Art. 535 Abs. 3, 557 Abs. 2 OR der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf und davon auszugehen ist, dass die Gesellschafter in diesem Zusammenhang regelmässig auch über allfällige interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis informiert wurden oder sich hierüber hätten informieren müssen. Wird die Personenhandelsgesellschaft durch einen Handlungsbevollmächtigten i.e.S. vertreten, ist von Bedeutung, dass der Geschäftsabschluss mit einem Gesellschafter nicht per se als aussergewöhnlich zu betrachten ist<sup>31</sup> und mithin prinzipiell von der Vertretungsmacht gedeckt ist. Auch hier wird sich der Gesellschafter aber nur in seltenen Fällen auf den für die jeweilige Art der Handlungsvollmacht

<sup>27</sup> BGE 108 II 204, 209 f.; BGE 109 II 228, 230; BGE 118 II 313, 314 und 316 f.; BGer 2A\_269/2006 E. 3.4 und 4.1; OGer ZH NG170024 vom 20.3.2018 E. 2.6; CJ GE SJZ 107/2011, 579, 582; ferner VON STEIGER WERNER, Gesellschaftsrecht – Besonderer Teil, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel 1976, S. 370; ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 26 und Art. 544 OR N 91 ff.

<sup>28</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 544 OR N 93.

<sup>29</sup> Für eine Qualifikation des Gesellschaftervertragspartners als Drittem und eine differenzierte Betrachtung seiner Schutzbedürftigkeit im Rahmen des Gutgläubenserfordernisses auch CHK- COMBŒUF, (Fn. 18), Art. 552–556 OR N 39; a. A. im deutschen Recht etwa BGHZ 38, 26, 33; BGH WM 1979, 71; Baumbach/Hopt/ROTH MARKUS, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl., München 2018, § 126 HGB N 6.

<sup>30</sup> Dazu auch CHK- COMBŒUF (Fn. 18), Art. 552–556 OR N 39; generell zum fraglichen Gutgläubensmassstab im Rahmen von Art. 563 f. OR siehe nur JUNG PETER, in: Jung/Kunz/Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich 2018, § 6 N 36 i.V.m. N 54 f.

<sup>31</sup> Vgl. dazu generell ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 534–535 OR N 36.

nach Art. 462 OR gegebenen Umfang berufen können, da ihm als Gesellschafter regelmässig die internen Beschränkungen der Handlungsvollmacht bekannt sein bzw. der Missbrauch der Handlungsvollmacht zumindest offensichtlich sein mussten. Das gilt insbesondere für den Missbrauch einer Generalhandlungsvollmacht, deren Erteilung als aussergewöhnliches Geschäft nach Art. 557 Abs. 2 i.V.m. 535 Abs. 3 OR der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. Für den eingeschränkten Vertrauensschutz, wie er gutgläubigen Dritten im Hinblick auf die Vertretungsmacht eines einfachen Bevollmächtigten durch die Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2 und 37 OR sowie die Grundsätze zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht gewährt wird, gilt Vergleichbares. Allenfalls kann hier die Gutgläubigkeit des Gesellschafters etwas häufiger angenommen werden.

## 2. Vertretung der Personengesellschaft durch den Vertragspartner

Besondere Probleme entstehen, wenn die Personengesellschaft beim Abschluss von Drittgeschäften durch den betreffenden Gesellschafter selbst (sog. Selbstkontrahieren) oder dessen Vertreter (sog. Doppelvertretung) vertreten wird. Solchen grundsätzlich verbotenen Insichgeschäften stehen nach h. M. zu Recht Fälle gleich, in denen der Vertreter insbesondere als eine dem Vertragspartner der Gesellschaft nahestehende Person einem ähnlichen Interessenkonflikt wie beim Selbstkontrahieren oder der Doppelvertretung unterliegt.<sup>32</sup> Das gilt etwa, wenn der Vertreter der Gesellschaft an Weisungen des Gesellschafters gebunden ist, wenn der Vertreter der Gesellschaft lediglich über eine Kollektivvertretungsmacht verfügt und zu dem Geschäft nicht von einem anderen Gesellschafter als dem Betroffenen zum Vertragsschluss ermächtigt wurde oder wenn der Vertreter der Gesellschaft dem Gesellschafter familiär nahesteht oder – im Personengesellschaftsrecht kommen teilweise auch juristische Personen als Vertreter in Betracht – mit ihm konzernverbunden ist. Einem Dritten kann die Gesellschaft das Verbot von Insichgeschäften bei diesen dem Selbstkontrahieren bzw. der Doppelvertretung lediglich ähnlichen Geschäften zwar nur dann entgegenhalten, wenn der vergleichbare Interessenkonflikt für diesen erkennbar war,<sup>33</sup> doch wird diese Voraussetzung bei einem Gesellschafter wiederum regelmässig gegeben sein.<sup>34</sup>

Die genannten Insichgeschäfte sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn es sich um ein für die Gesellschaft rechtlich ausschliesslich vorteilhaftes Geschäft handelt,<sup>35</sup> wenn das Geschäft als dinglicher Vertrag lediglich der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient, wenn das Geschäft zu Marktbedingungen („at arm’s length“) abgeschlossen wird<sup>36</sup> oder wenn die

---

<sup>32</sup> Siehe dazu nur BGE 89 II 321, 323; BGE 126 III 361, 364; BGer 4C.327/2005 E. 3.2.5 und BGE 144 III 388, 390; näher JUNG PETER, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 273, 275 ff.; eine Anwendung auf vergleichbare Interessenkonflikte weitgehend ablehnend SCHOTT ANSGAR, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002, S. 76 ff. und ZOBL DIETER, Probleme der organ-schaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289, 304 ff.; ablehnend auch BGer 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50.

<sup>33</sup> Dazu BGE 120 II 5, 9 f.; BGE 126 III 361, 363 f.; BGer 4C.25/2005 E.1; zustimmend auch ROTH PEL-LANDA KATJA, Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Zürich 2007, N 360.

<sup>34</sup> Vgl. dazu bereits die Ausführungen bei Fn. 30.

<sup>35</sup> BGE 59 II 111, 112.

<sup>36</sup> So die h. L. (siehe etwa ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht – Die Stellvertretung, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 33 OR N 83; speziell für die Festsetzung der eigenen Vergütung durch den Verwaltungsrat AEPLI VIKTOR, Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW 2002, 269, 273; bei fehlenden Markt- bzw. Börsenpreisen kann ggf.

Gesellschaft in das Geschäft vorab eingewilligt bzw. dieses nachträglich genehmigt hat.<sup>37</sup> Das Verbot von Insichgeschäften greift zwar auch dann nicht ein, wenn der Gesellschafter wirtschaftlicher (Quasi-)Alleingesellschafter ist,<sup>38</sup> doch spielt dieser Ausnahmetatbestand im Personengesellschaftsrecht kaum eine Rolle, da immer mindestens zwei Gesellschafter an einer Personengesellschaft beteiligt sind und die Beteiligung des anderen Gesellschafters nur dann vernachlässigt werden kann, wenn er als Kommanditär beschränkt haftet und bloss geringfügig beteiligt ist.

Bei ausnahmsweise zulässigen Insichgeschäften stellt sich noch die Frage, ob diese Geschäfte vollständig schriftlich festzuhalten sind. Im Recht der Körperschaften sehen das bekanntlich die Art. 718b, 814 Abs. 4 und 899a OR vor. Im Personengesellschaftsrecht fehlen jedoch entsprechende Regelungen, sodass allenfalls eine Analogie denkbar wäre. Die Ratio des Schriftformerfordernisses, nämlich die Transparenz bei Insichgeschäften<sup>39</sup> herzustellen, wäre auch auf das Personengesellschaftsrecht übertragbar. Hierfür spräche zudem der ausdrückliche Verzicht des Schweizer Gesetzgebers auf die im EU-Recht bestehende tatbestandliche Beschränkung auf Einpersonengesellschaften unter Hinweis auf den ebenso erforderlichen Schutz von Mehrpersonengesellschaften.<sup>40</sup> Im Gesetzgebungsverfahren findet sich auch kein Hinweis darauf, warum der Gesetzgeber das Schriftformerfordernis auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften beschränkt hat. Vermutlich hat er daher aufgrund der ursprünglich vorgesehenen Beschränkung auf die im Personengesellschaftsrecht unbekannten Einpersonengesellschaften planwidrig verkannt, dass es auch im Personengesellschaftsrecht wie ebenso im Vereins- und Stiftungsrecht zu Insichgeschäften und einem vergleichbaren Bedürfnis nach schriftlicher Abfassung solcher Verträge kommen kann.

---

der Abschluss des Geschäfts zu den von einem neutralen Sachverständigen vorgeschlagenen Bedingungen (sog. *fairness opinion*) zulässig sein (vgl. ROTH PELLANDA [Fn. 33], N 347 f.); vgl. auch zur Unzulässigkeit von Insichgeschäften bei einem Verkauf unter Marktpreis BGE 39 II 561, 569 f. und zur Zulässigkeit beim Verkauf eines Gegenstands ohne Markt- oder Börsenpreis BGE 82 II 388, 393; gemäss ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 27 (unter Hinweis auf VON STEIGER [Fn. 27], S. 370) besteht bei Insichgeschäften eine besondere Sorgfaltspflicht des Gesellschafters; richtigerweise sollte ein Insichgeschäft nicht allein schon dann zulässig sein, wenn es zu Marktbedingungen abgeschlossen wird, da es auch noch darauf ankommen sollte, ob das Geschäft überhaupt im Interesse der Gesellschaft liegt (dazu bereits JUNG [Fn. 32], S. 282 f.; differenzierend auch SCHOTT [Fn. 32], S. 131 ff.).

<sup>37</sup> Die blosse Beschlussfassung über den Jahresabschluss stellt allerdings noch keine solche Genehmigung dar (vgl. BGer 4C.327/2005 E. 3.2.8.3).

<sup>38</sup> BGE 50 II 168, 183 f.; BGE 126 III 361, 365 ff.; BGer 4C.148/2002; HGer ZH ZR 104 (2005), 257 ff. (Nr. 71); vgl. auch BGE 132 III 758, 764 (eine Aktienkapitalbeteiligung von 47 % begründet keine Interessenidentität).

<sup>39</sup> Tatbestandlich ist im Körperschaftsrecht zwar ausdrücklich nur vom Selbstkontrahieren die Rede, doch sollten die Art. 718b, 814 Abs. 4 und 899a OR entsprechend auch in Fällen der Doppelvertretung (so auch KISSLING MISCHA, Der Mehrfachverwaltungsrat, Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Zürich 2006, N 256) und sonstiger vergleichbarer Interessenkonflikte (so auch WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, in: Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar – Obligationenrecht II, Art. 718b OR N 2) gelten, da in all diesen Fällen das gleiche Bedürfnis nach einer schriftlichen Fixierung besteht.

<sup>40</sup> Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148, 3230.

### 3. Notwendigkeit der Beschlussfassung über das Drittgeschäft

Unter Umständen haben die Gesellschafter einer Personengesellschaft auch über den Abschluss eines Drittgeschäfts Beschluss zu fassen. Notwendig ist dies, wenn es sich um ein aussergewöhnliches Geschäft handelt,<sup>41</sup> wenn das Geschäft nach dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich der Zustimmung der Gesellschafter bedarf oder wenn ein Insichgeschäft zu genehmigen ist.

Im Falle einer Beschlussfassung über das Drittgeschäft stellt sich die Frage, ob der betroffene Gesellschafter vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Wegen der zentralen Bedeutung des Stimmrechts für den persönlich haftenden Gesellschafter und wegen des gebotenen Schutzes der Gesellschafter durch den Einstimmigkeitsgrundsatz sieht das Recht der Personenhandelsgesellschaften eigentlich keine Stimmverbote vor. Teilweise wird jedoch eine analoge Anwendung von Art. 68 ZGB, der ein entsprechendes Stimmverbot für Vereinsmitglieder vorsieht, befürwortet.<sup>42</sup> Die Situation eines persönlich haftenden und regelmässig an der Geschäftsführung mitwirkenden Personengesellschafters ist aber mit derjenigen eines Vereinsmitglieds nicht vergleichbar, sodass eine analoge Anwendung von Art. 68 ZGB nicht gerechtfertigt erscheint.<sup>43</sup> Das gilt besonders im Falle einer Zweipersonengesellschaft.<sup>44</sup> Ein allfälliges Stimmverbot wäre jedenfalls nicht zwingend, sodass es auch abbedungen werden könnte.<sup>45</sup>

## IV. Behandlung von Drittgeschäften

### 1. Entstehung nicht gesellschaftsrechtlich begründeter Pflichten

Wie jedes andere vertragliche Schuldverhältnis begründet auch das Drittgeschäft zwischen der Personengesellschaft und ihrem Gesellschafter Leistungs-, Nebenleistungs- und Schutzpflichten. Da diese jedoch nicht auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, finden die personengesellschaftsrechtlichen Sonderregelungen keine Anwendung. Das gilt sowohl für Art. 537 OR, der systematisch einen Aspekt des Innenverhältnisses zwischen den Gesellschaftern betrifft,<sup>46</sup> von einer Gesellschaftsangelegenheit bzw. einer Geschäftsführungsmassnahme des Gesellschafters spricht und damit einen Bezug zum Gesellschaftsverhältnis voraussetzt,<sup>47</sup> wie für den Haftungsmassstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten nach

---

<sup>41</sup> Nach ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 534–535 OR N 36 ist das Drittgeschäft bereits dann aussergewöhnlich, wenn es mit dem Gesellschafter nicht zu marktüblichen Konditionen abgeschlossen wird.

<sup>42</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 534–535 OR N 85.

<sup>43</sup> Grundsätzlich ebenfalls ablehnend BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 534 N 78 (Stimmverbot nur bei ungebührlicher Gefährdung der Interessen der Gesellschaft im Einzelfall).

<sup>44</sup> Vgl. zur Unmöglichkeit der Beschlussfassung in der zweigliedrigen Personengesellschaft bei Bestehen eines Interessenkonflikts ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 534–535 OR N 88.

<sup>45</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 534–535 OR N 86.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch die Marginalie: „V. Verantwortlichkeit unter sich ... 2. Ansprüche aus der Tätigkeit für die Gesellschaft“.

<sup>47</sup> MÜLLER KARIN, in: Kren Kostkiewicz (Hrsg.), OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 537 OR N 1 und JUNG PETER, in: Roberto/Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 537 OR N 2; das gilt nach zutreffender Ansicht auch für den Verlustersatzanspruch nach Art. 537 Abs. 1 Alt. 2 OR (so BK-FELLMANN/MÜLLER



Art. 538 Abs. 1 OR (vgl. auch ausdrücklich für den Auftrag Art. 538 Abs. 3 OR).<sup>48</sup> Das Recht jedes Gesellschafters, von den Mitgesellschaftern die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und im eigenen Namen Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben (sog. *actio pro socio*), steht für die Leistungspflichten eines Gesellschafters aus einem Drittgeschäft ebenfalls nicht zur Verfügung.<sup>49</sup> Stattdessen haben alle Gesellschafter unter Einschluss des beklagten Drittgeschäftspartners als notwendige aktive Streitgenossen gegen den Mitgesellschafter zu klagen.<sup>50</sup>

Statt der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über Beitragsleistungen finden die Sonderregelungen des jeweiligen Vertragstyps Anwendung. Nimmt ein Gesellschafter daher etwa Geschäftsführungsaufgaben aufgrund eines Auftrags wahr, sind die Art. 394 ff. OR unmittelbar und nicht nur subsidiär über den Verweis von Art. 540 Abs. 1 OR anwendbar.<sup>51</sup> So gelten auch bei Leistungsstörungen die Sonderregelungen des jeweiligen Vertragstyps zur Gefahrtragung, zum Verzug und zur Schlechterfüllung unmittelbar und nicht nur beschränkt und entsprechend wie nach Art. 531 Abs. 3 OR. Handelt es sich bei dem Drittgeschäft um einen synallagmatischen Vertrag, sind auch die allgemeinen Sonderregelungen für gestörte synallagmatische Hauptleistungspflichten (Art. 82 f., 107 ff. sowie 119 Abs. 2 und Abs. 3 OR) unmittelbar anwendbar, während dies bei den gesellschaftsvertraglich begründeten Leistungspflichten grundsätzlich<sup>52</sup> durch die Natur des Gesellschaftsvertrags als Kooperationsvertrag ausgeschlossen ist.

Der Gesellschafter, welcher sich der Gesellschaft gegenüber zu einer Leistung verpflichtet, erhält hierfür regelmässig im Gegenzug eine fixe oder (teilweise) partiarische Vergütung. Der durch den Drittvertrag begründete Anspruch auf die Vergütung tritt dann neben den gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Gewinnbeteiligung. Beim Verkauf eines Vermögensgegenstands an die Gesellschaft bzw. Gesellschaftergesamtheit erwirbt der Gesellschafter eine Kaufpreisforderung, hat aber in der Liquidation der Gesellschaft keinen Wertersatzanspruch nach Art. 548 Abs. 2 OR, weil er den Vermögensgegenstand nicht auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht hat. Zumeist wird die Vergütung bereits zu den *essentialia negotii* des Drittgeschäfts gehören. Auch bei der Erbringung von Auftragsleistungen durch einen Gesellschafter gilt nicht

[Fn. 4], Art. 537 OR N 16 und ZK-HANDSCHIN/VONZUN [Fn. 1], Art. 537 OR N 6; a. A. BECKER HERMANN, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Bern 1934, Art. 537 OR N 1 und SCHERRER WALTER, Die Geschäftsführung und die Vertretung in den Personengesellschaften, Zürich 1964, S. 78; IKLÉ MAX, Die Geschäftsführungsbefugnis des einfachen Gesellschafters, Zürich 1926, S. 100).

<sup>48</sup> DRENCKHAN HELKE, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Zürich 2016, Art. 538 OR N 23.

<sup>49</sup> Vgl. BGer 4A\_275/2010 E. 5.3, wo auch eine Analogie abgelehnt wird.

<sup>50</sup> Dazu näher Vonzun (in dieser Festschrift), II.4.

<sup>51</sup> BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 540 OR N 16.

<sup>52</sup> Eine analoge Anwendung der Art. 82 f., 107 ff. sowie 119 Abs. 2 und Abs. 3 OR kommt allenfalls dann in Betracht, wenn es sich um eine noch nicht im Rechtsverkehr in Erscheinung getretene zweigliedrige Gesellschaft handelt, da ansonsten weitere Gesellschafter bzw. Dritte von der durch die Anwendung der genannten Bestimmungen beeinträchtigten Zweckverfolgung negativ betroffen wären (vgl. zur grundsätzlichen Unanwendbarkeit von Art. 82 OR BGE 116 III 70, 72 ff.; BGer 4A\_4/2011 E. 6; zu den Voraussetzungen einer ausnahmsweisen analogen Anwendung CHK-JUNG [Fn. 47], Art. 531 OR N 10; für die ausnahmsweise Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots in der zweigliedrigen einfachen Gesellschaft BÜRGI OTTO M., Die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus im Gesellschaftsrecht, SJZ 1961, 334, 336).

Art. 537 Abs. 3 OR, sondern die Pflicht zur Vergütung nach Art. 394 Abs. 3 OR bei Verabredung oder Üblichkeit. Ohne entsprechende Vereinbarung ist ein Darlehen des Gesellschafters jedoch nur im kaufmännischen Verkehr zu verzinsen (Art. 313 OR), was nach richtigem Verständnis des Begriffes „kaufmännischer Verkehr“ voraussetzt, dass entweder die das Darlehen aufnehmende Gesellschaft als Handelsgesellschaft über die Kaufmannseigenschaft verfügt oder der Gesellschafter als Darlehensgeber einer einfachen Gesellschaft aufgrund einer anderweitigen gewerblichen Tätigkeit über die Kaufmannseigenschaft oder zumindest die Unternehmereigenschaft verfügt und das Darlehen im Rahmen dieser Tätigkeit und nicht als Privatperson gewährt.<sup>53</sup>

Alle durch das Drittgeschäft begründeten Leistungspflichten sind im Zweifel sofort fällig (Art. 75 OR). Das gilt abweichend von Art. 549 Abs. 1 OR, wonach der auf der Grundlage von Art. 537 OR geschuldete Ersatz von Auslagen, Verwendungen und Schäden grundsätzlich erst im Stadium der inneren Liquidation fällig wird,<sup>54</sup> auch für den Ersatz von Auslagen, Verwendungen und Schäden nach Art. 402 OR. An den zwingend gemeinschaftlichen Erfüllungshandlungen der Gesellschaftergesamtheit hat der Gesellschafter mitzuwirken, wobei er dann zugleich Gläubiger ist.

## 2. Eigenschaft des Drittgeschäfts als Verkehrsgeschäft

Da der Gesellschafter der Gesellschaft beim Drittgeschäft als unabhängiger Dritter gegenüber tritt, handelt es sich um ein Verkehrsgeschäft, bei dem etwa auch die Handänderungssteuer und die Mehrwertsteuer<sup>55</sup> anfallen. Anders als bei der beitragsmässigen Einbringung eines Grundstücks in das Gesellschaftsvermögen<sup>56</sup> wird durch ein zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abgeschlossenes Kaufgeschäft oder ein wirtschaftlich vergleichbares Geschäft auch der Vorkaufsfall nach Art. 216c Abs. 1 OR ausgelöst. Die durch das Drittgeschäft begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind in der Erfolgsrechnung zu verbuchen.<sup>57</sup> Wie bei allen Verkehrsgeschäften ist prinzipiell auch die

---

<sup>53</sup> Zu den verschiedenen Auffassungen, was unter einem Darlehen im kaufmännischen Verkehr i.S.v. Art. 313 Abs. 2 OR zu verstehen ist, und zur Begründung der hier zugrunde gelegten Ansicht näher JUNG PETER, Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr?, in: Portmann et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2019, S. 221, 237 f.

<sup>54</sup> Dazu und zur ausnahmsweisen sofortigen Fälligkeit der Ansprüche aus Art. 537 OR bei ausdrücklich oder stillschweigend abweichender Vereinbarung BGer ZR 9 (1910) Nr. 1; CHK-JUNG (Fn. 47), Art. 537 OR N 3; a. A. BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 537 OR N 45; differenzierend ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 537 OR N 61 ff.; offen gelassen in BGE 116 II 316, 318; BGE 125 III 257, 260 und BGE 127 III 49, 54.

<sup>55</sup> Vgl. dazu eingehend BGer 2A.269/2006 E. 3 f., wobei in casu allerdings von einer auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Beitragsleistung ausgegangen wurde; CAMENZIND ALOIS/HONAUER NIKLAUS/VALLENDER KLAUS A./JUNG MARCEL R./PROBST SIMEON L., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz, 3. Aufl., Bern 2012, Ziff. 612 f.

<sup>56</sup> BGE 44 II 362, 369; HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht – Erste Abteilung – Das Eigentum (Art. 641 bis 729), Zürich 1977, Art. 681 ZGB N 32; CHK-BINDER, Art. 216c OR N 4; grundsätzlich auch FASEL URS, in: Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 216c OR N 9.

<sup>57</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 537 OR N 51.

Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs der Gesellschaft bzw. der Gesellschaftergesamtheit von ihrem Gesellschafter gegeben.<sup>58</sup> Insoweit ist dann aber fraglich, ob die Gesellschaftergesamtheit sich eine allfällige Bösgläubigkeit des veräussernden Gesellschafters zurechnen lassen muss, weil auch er aufgrund der Transparenz der Personengesellschaft mit zu den Erwerbern gehört. Hierfür könnte zunächst der Umstand sprechen, dass bei den Rechtsgemeinschaften die Bösgläubigkeit auch nur eines ihrer Mitglieder den gutgläubigen Erwerb durch die Rechtsgemeinschaft nach ganz h. M. ausschliesst.<sup>59</sup> Es fragt sich allerdings, ob dies auch dann gilt, wenn das bösgläubige Mitglied gerade auch der Veräusserer bzw. Sicherungsgeber ist.<sup>60</sup> In solchen Fällen sind die Interessen der gutgläubigen Mitgesellschafter gegen diejenigen des wahren Eigentümers bzw. des Sicherungsnehmers abzuwägen und eine Zurechnung nur dann anzunehmen, wenn der veräussernde Gesellschafter zumindest massgeblich an der Gesellschaft beteiligt ist.<sup>61</sup> Nur im Ausgangspunkt ähnlich stellt sich die Frage, ob die Kenntnis des Gesellschafters von einem Sach-, Miet- oder Werkmangel der Gesellschaft zuzurechnen ist, sodass die Gesellschaft bzw. Gesellschaftergesamtheit ihre Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Gesellschafter verliert. Die angesichts der Transparenz der Personengesellschaften prinzipiell mögliche Wissenszurechnung sollte hier jedoch in keinem Fall erfolgen, da anders als bei dem zulasten Dritter gehenden gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb keine Drittinteressen zu berücksichtigen sind und die Gesellschaft mit den gutgläubigen Mitgesellschaftern gegenüber dem arglistig handelnden Gesellschafter Schutz verdient. Während das Drittgeschäft für den Gesellschafter primär ein Privatgeschäft darstellt, gehört es für die Gesellschaft zur Zweckverfolgung und unterliegt daher auch dem zwingenden Auskunfts- und Einsichtsrecht eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters (vgl. Art. 541 OR).

<sup>58</sup> Vgl. zum deutschen Recht RGZ 117, 257, 267 (obiter); RG JW 1930, 3740; HEINSHEIMER RUDOLF, Die Anwendung des § 892 BGB. auf Rechtsgeschäfte zwischen denselben natürlichen Personen und mit Verbänden, Gruchot 72 (1932), 174, 195 f.; LUTTER MARCUS, Die Grenzen des sogenannten Gutgläubenschutzes im Grundbuch, AcP 164 (1964), 122, 161.

<sup>59</sup> AppGer BE ZBJV 66 (1930), 20 f.; implizit auch BGE 36 II 353, 357; STOFFEL LEO, Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1938, Naters 1963, S. 87 f.; BAUMANN MAX, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung – 1. Teilband (Art. 1–7 ZGB), Zürich 1998, Art. 3 ZGB N 39; JÄGGI PETER, in: Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Bern 1962, Art. 3 ZGB N 143 (grds. Bösgläubigkeit eines Angehörigen der Rechtsgemeinschaft ausreichend); a. A. jedoch WIELAND KARL, Handelsrecht I, München 1921, S. 645 (Gutgläubigkeit des Vertreters der Gesellschaft ausreichend); ebenso VON TUHR ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1910, S. 354 mit Fn. 20a; für eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Wissenszurechnung unter dem Gesichtspunkt der Wissensverantwortung auch bei Personengesellschaften CHOU HAN-LIN, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Basel 2002, N 277.

<sup>60</sup> Für diesen Fall gegen eine Zurechnung des Organwissens zu einer juristischen Person HGer ZR 20 (1921) Nr. 27; OFTINGER KARL, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Sachenrecht – Das Fahrnispfand (Art. 884–918 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1981, Art. 884 N 360; auch in diesem Fall die Bösgläubigkeit der Personengesellschaft annehmend OSTERTAG FRITZ, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV (Sachenrecht), III. Abteilung (Art. 919–977 ZGB), 2. Aufl., Bern 1917, Art. 933 N 28 unter Hinweis auf RGZ 9, 143, 145 (Zurechnung des bösen Glaubens eines OHG-Gesellschafters).

<sup>61</sup> Eine nicht unerhebliche Beteiligung des Bösgläubigen ebenfalls verlangend ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, in: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Sachenrecht Bd. IV/2/5/1, Bern 2010, Art. 884 ZGB N 838.

### 3. Doppelstellung des Gesellschafters

Bei einem Drittgeschäft tritt der Gesellschafter seiner Gesellschaft bzw. der Gesellschaftergesamtheit vor allem als Dritter gegenüber. Dennoch ist die Gesellschafterstellung des Vertragspartners nicht gänzlich unbeachtlich. Das zeigt sich bereits beim Abschluss des Vertrags. Während ein unabhängiger Dritter aufgrund seiner Vertragsabschlussfreiheit weitgehend frei über den Abschluss des Vertrages entscheiden kann, unterliegt der Personengesellschafter kraft des Gesellschaftsvertrags einer Zweckförder- und Treuepflicht, die ihn in Abwägung aller Umstände und Interessen des Einzelfalls ausnahmsweise auch zum Abschluss zumutbarer zweckfördernder Drittgeschäfte verpflichten kann.<sup>62</sup> Wurde der Drittvertrag mit dem Gesellschafter gerade im Hinblick auf seine Gesellschafterstellung abgeschlossen und handelt es sich gleichwohl um ein Drittgeschäft,<sup>63</sup> so kann sich aus der Gesellschafterstellung auch die Höchstpersönlichkeit der Schuldpflicht des Gesellschafters ergeben (vgl. Art. 68 OR).

Prinzipiell hat der Gesellschafter in Bezug auf seine Forderungen aus dem Drittgeschäft die Stellung eines Drittgläubigers.<sup>64</sup> So können auch Gläubiger des Gesellschaftergläubigers dessen Forderungen aus dem Drittgeschäft gegen die Gesellschaft ohne weiteres pfänden lassen.<sup>65</sup> Nach Auflösung der Gesellschaft wird das Drittgeschäft im Rahmen der äusseren Liquidation abgewickelt. Im Konkurs der Gesellschaft können die Forderungen grundsätzlich gleichrangig mit denen anderer vergleichbarer Gläubiger angemeldet werden.<sup>66</sup> Wurden zuvor Leistungen an den Gesellschaftergläubiger erbracht, besteht allerdings eine erhöhte Gefahr der paulianischen Absichtsanfechtung, weil der Gesellschafter als nahestehende Person i.S.v. Art. 288 Abs. 2 SchKG zu beweisen hat, dass er die Absicht der Gesellschaft zur Benachteiligung anderer Gläubiger nicht erkennen konnte.<sup>67</sup>

Wie gegenüber anderen Drittgläubigern sind die unbeschränkt haftenden Mitgesellschafter auch dem Gesellschaftergläubiger gegenüber bereits während des Bestehens der Gesellschaft nach Art. 544 Abs. 3, 568 bzw. 604 OR solidarisch<sup>68</sup> und grundsätzlich<sup>69</sup> auch inhaltsgleich haftbar. Anders als nach Art. 568 Abs. 2 OR kann die persönliche Haftung der

<sup>62</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 531 OR N 29.

<sup>63</sup> Wird eine Verpflichtung im Hinblick auf die Gesellschafterstellung eingegangen, bildet dies ein Indiz für eine sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende Beitragsleistungspflicht (dazu bereits oben bei Fn. 13), zwingend ist dies jedoch nicht, da stets sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

<sup>64</sup> BGE 23 I 275, 288; BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 531 OR N 23.

<sup>65</sup> CHK-COMBŒUF (Fn. 18), Art. 552–556 OR N 39; OFK-MÜLLER, Art. 572 OR N 2.

<sup>66</sup> Vgl. auch BGE 30 II 517, 523; ZK-HANDSCHIN/CHOU (Fn. 1), Art. 570 OR N 37; CHK-COMBŒUF (Fn. 18), Art. 552–556 OR N 37, der unter N 39 allerdings noch auf die Möglichkeit hinweist, dass die formal als Fremdkapital zu qualifizierenden Leistungen des Gesellschaftergläubigers noch aufgrund ihres unter Umständen gegebenen materiell eigenkapitaleretzenden Charakters (z. B. bei einem in der Krise gewährten Darlehen, das von dritter Seite nicht zu erhalten gewesen wäre) als nachrangig behandelt werden könnten.

<sup>67</sup> Vgl. auch CHK-COMBŒUF (Fn. 18), Art. 552–556 OR N 39.

<sup>68</sup> Dazu allgemein BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 531 OR N 23 und speziell für Planergemeinschaften GEBHARDT DANIEL, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, 2. Aufl., Bern 2019, N 16.116.

<sup>69</sup> Die Treuepflichten der Parteien, welche sich sowohl aus dem Drittgeschäft wie aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, können in Einzelfällen Ausnahmen vom Grundsatz der Naturalerfüllung begründen und die Haftung der Mitgesellschafter auf den zur Naturalerfüllung erforderlichen Geldbetrag beschränken.

Mitgesellschafter lediglich auch im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, weil der Gesellschaftergläubiger an dieser Vereinbarung im Gegensatz zu einem reinen Drittgläubiger beteiligt ist. Es ist auch theoretisch denkbar, dass der Gesellschaftergläubiger als Dritter Scheingesellschafter bzw. Scheinkomplementäre (vgl. Art. 605 f. OR) persönlich und unbeschränkt in Haftung nimmt. Regelmässig wird dem Gesellschaftergläubiger allerdings die Berufung auf diese Rechtsscheintatbestände versagt sein, weil er als Gesellschafter fast immer die fehlende Gesellschafterstellung bzw. Komplementärstellung zumindest hätte kennen müssen und dann nicht über die erforderliche Gutgläubigkeit i.S.v. Art. 3 ZGB verfügt.

Die Gläubigerstellung des Gesellschafters wird zudem in mehrfacher Hinsicht von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht überlagert, der ein Gesellschafter auch als Partner eines Drittgeschäfts unterliegt. So hat er als Drittgläubiger die Interessen der Gesellschaft bei deren Inanspruchnahme zu berücksichtigen.<sup>70</sup> Aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern und des aus dieser fliessenden Gebots der schonenden Rechtsausübung hat der Gesellschafter-Drittgläubiger auch bei der einfachen Gesellschaft, für welche das Gesetz anders als bei den Personenhandelsgesellschaften eigentlich eine primäre Haftung als Solidarschuldner vorsieht, zunächst Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, bevor er einzelne Mitgesellschafter subsidiär belangt.<sup>71</sup> Ausserdem kann es die Zweckförderpflicht dem Gesellschafter-Drittgläubiger gebieten, von der Inanspruchnahme eines bestimmten Mitgesellschafters Abstand zu nehmen, wenn hierdurch dem Mitgesellschafter die Fähigkeit genommen würde, seine gesellschaftsvertraglichen Pflichten zu erfüllen, und hierdurch die Zweckverfolgung gefährdet sein sollte.<sup>72</sup> Scheidet ein belangbarer Mitgesellschafter aus einer Personenhandelsgesellschaft aus, kommt diesem die verkürzte Verjährung nach Art. 591 Abs. 1 und 2 OR zugute. Art. 591 Abs. 3 OR ist nicht einschlägig, da es sich bei der Haftung für die Gesellschaftsschuld aus dem Drittgeschäft nicht um eine Sozialverbindlichkeit handelt.

Fraglich ist zudem, ob zumindest bei der einfachen Gesellschaft, bei welcher der Drittgläubiger-Gesellschafter auch selbst solidarisch in voller Höhe schuldet, nach Art. 118 Abs. 1 OR ein Erlöschen der Drittschuld durch Konfusion anzunehmen ist. Der Drittgläubiger-Gesellschafter könnte dann lediglich nach Abzug seines im Innenverhältnis zu tragenden Verlustanteils gegen die Mitgesellschafter anteilig Regress nehmen, weil er als Folge der Konfusion an sich selbst eine über seinen internen Anteil hinausgehende Leistung erbracht hätte.<sup>73</sup> Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Ausgestaltung der einfachen Gesellschaft

---

Dies ist der Fall, wenn die Naturalerfüllung dem Gesellschafter (z. B. mangels entsprechender Verfügbarkeit) oder der Gesellschaft (z. B. mangels entsprechender Fachkenntnisse des Gesellschafters) nicht zumutbar ist.

<sup>70</sup> BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 530 OR N 624 und Art. 531 N 24.

<sup>71</sup> CHK-JUNG (Fn. 47), Art. 544 OR N 10; SETHE ROLF, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 544 OR N 8.

<sup>72</sup> ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 530 N 184 und 190.

<sup>73</sup> So denn auch BGE 103 II 137, 139; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/GIRÓN SOLUNA, in: Schütz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), Bern 2015, Art. 544 OR N 17; BK-FELLMANN/MÜLLER (Fn. 4), Art. 544 OR N 118.

als nicht rechtsfähiger Rechtsgemeinschaft erscheint dies zunächst dogmatisch einleuchtend.<sup>74</sup> Bereits auf die Personenhandelsgesellschaften ist diese Lehre allerdings nicht übertragbar, da eine Personenhandelsgesellschaft als solche unter ihrer Firma die Schuldnerin von Drittgläubigern ist (vgl. Art. 562 und 602 OR) und ihre Gesellschafter für die Gesellschaftsschuld nur subsidiär haftbar gemacht werden können (vgl. Art. 568 und 604 OR). Auch bei der einfachen Gesellschaft führt die Anwendung von Art. 118 Abs. 1 OR zu keinen befriedigenden Ergebnissen, weil das durch die Drittgläubigerstellung des Gesellschafters eigentlich bestehende Aussenverhältnis durch die Konfusion vollständig hinfällig wird und zum Innenverhältnis mutiert. Das ist insbesondere nicht sachgerecht, wenn der Gesellschafter-Drittgläubiger die Personenhandelsgesellschaft bzw. Gesellschaftergesamtheit in Anspruch nimmt und auf das Gesellschaftsvermögen zugreift, wie es die Art. 568 Abs. 3 und 604 OR (bei den Personenhandelsgesellschaften) bzw. die Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern (bei der einfachen Gesellschaft) zunächst von ihm verlangen. Bei der Inanspruchnahme der Gesellschaft bzw. Gesellschaftergesamtheit ist nämlich im Zweifel davon auszugehen, dass die Verbindlichkeit der Gesellschaft das privatautonom ausgehandelte Äquivalent für die von dem Gesellschafter als Drittem erbrachte Leistung darstellt und ihm wie anderen Dritten in vollem Umfang zustehen soll. Mangels abweichender Vereinbarungen ist es nicht gerechtfertigt, den Gesellschafter-Drittgläubiger bei der Inanspruchnahme der Gesellschaft im Aussenverhältnis nur deshalb schlechter als andere Drittgläubiger zu stellen, weil er auch Gesellschafter ist.<sup>75</sup> Anders verhält es sich jedoch, wenn der Gesellschafter-Gläubiger subsidiär die Mitgesellschafter belangt. Hier muss er sich den intern zu tragenden Verlustanteil bereits im Aussenverhältnis anrechnen lassen.<sup>76</sup> Die individuelle Gesellschafterhaftung für die von der Gesellschaft bzw. Gesellschaftergesamtheit eingegangenen Verbindlichkeiten beruht nämlich weniger auf dem Drittgeschäft als auf dem Gesellschaftsverhältnis, in dessen Rahmen der Drittgläubiger-Gesellschafter mehr als Mitgesellschafter denn als Drittgläubiger in Erscheinung tritt. Insofern wäre es mit der Treuepflicht unter den Gesellschaftern nicht zu vereinbaren, wenn er wie ein einfacher Drittgläubiger einen Mitgesellschafter im Aussenverhältnis in voller Höhe in Anspruch nehmen und diesen auf den internen anteiligen Regress gegen alle Mitgesellschafter (unter Einschluss des Drittgläubiger-Gesellschafters selbst) verweisen könnte. Der in die Haftung genommene Mitgesellschafter hätte dann nämlich auch das Konkursrisiko des Drittgläubiger-Gesellschafters zu tragen, was als unbillig erscheint. Die Drittgläubigerstellung zeigt sich nach der hier befürworteten differenzierenden Lösung aber immerhin noch insoweit, als die Mitgesellschafter gegenüber dem Drittgläubiger-Gesellschafter für den Restbetrag solidarisch und nicht wie beim Innenregress nur anteilig haften.

Scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, wird er mit dem Wirksamwerden des Austritts zum gewöhnlichen Drittgläubiger. Tritt umgekehrt der Partner eines Vertrages mit der Gesellschaft nach dessen Abschluss der Gesellschaft bei, wird die für Drittgeschäfte typische Doppelstellung noch nachträglich begründet. Das Geschäft ist ab dem Wirksamwerden des Beitritts wie andere Drittgeschäfte mit Gesellschaftern zu behandeln.

---

<sup>74</sup> Zu einer dogmatischen Kritik an der Anwendung von Art. 118 Abs. 1 OR siehe jedoch ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 544 OR N 93.

<sup>75</sup> So auch ZK-HANDSCHIN/VONZUN (Fn. 1), Art. 544 OR N 92 f.; KUKO-SETHE (Fn. 71), Art. 544 N 10.

<sup>76</sup> Vgl. dazu auch im deutschen Recht BGH NJW 1983, 749.

## V. Fazit

Geschäfte der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern sind aufgrund der Doppelstellung des Gesellschafters als Vertragspartner und Gesellschafter nicht nur schwer von gesellschaftsrechtlich begründeten Rechtsbeziehungen abzugrenzen.<sup>77</sup> Sie bereiten auch in der Rechtsanwendung Probleme, weil der Gesellschafter einerseits wie ein gewöhnlicher Dritter Schuldner und Gläubiger der Gesellschaft ist,<sup>78</sup> sich aus seiner Nähe zur Gesellschaft<sup>79</sup> und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht<sup>80</sup> aber auch zahlreiche Besonderheiten ergeben.

---

<sup>77</sup> Dazu insbesondere unter II.1.

<sup>78</sup> Dazu insbesondere unter IV.

<sup>79</sup> Dazu insbesondere unter III. sowie unter IV.2 und IV.3.

<sup>80</sup> Dazu insbesondere unter IV.3.